

### Europäische marktgestaltende Politik zwischen Supranationalität und nationaler Autonomie: das Beispiel der Entsenderichtlinie

Eichhorst, Werner

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Rainer Hampp Verlag

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Eichhorst, W. (1999). Europäische marktgestaltende Politik zwischen Supranationalität und nationaler Autonomie: das Beispiel der Entsenderichtlinie. *Industrielle Beziehungen : Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management*, 6(3), 340-359. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-346019>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

Werner Eichhorst<sup>\*</sup>

## **Europäische marktgestaltende Politik zwischen Supranationalität und nationaler Autonomie: Das Beispiel der Entsenderichtlinie<sup>\*\*</sup>**

*Europäische Sozialpolitik befindet sich in einem doppelten Spannungsverhältnis: Auf der einen Seite geht es um die Beziehung zwischen den Marktfreiheiten des Binnenmarktes und dem des sozialen Schutz. Auf der anderen Seite wird die Verteilung der Regulierungskompetenzen zwischen der europäischen und der nationalen Ebene berührt. Die Behandlung der Entsendeproblematik zeigt, wie beide Dimensionen interagierten und ein Regulierungsmuster hervorbrachten, das typisch für die sozialpolitischen Regulierungsmöglichkeiten im Binnenmarkt sein könnte: Einerseits schufen mehrere Mitgliedstaaten im Rahmen des vorhandenen europäischen Rechts nationale Entsendegesetze mit unterschiedlicher Gestalt. Andererseits konnte vor dem Hintergrund einzelstaatlicher Marktbeschränkungen eine EU-Entsenderichtlinie verabschiedet werden, die lange Zeit blockiert gewesen war. Die Richtlinie schirmt die nationalen Regelungen ab, welche den rechtlichen und ökonomischen Effekt supranationaler Regulierung vorweggenommen hatten, und verteidigt sie gegenüber einer Infragestellung rechtlicher Art, ohne in die institutionelle Struktur arbeitsrechtlicher Vorschriften und die jeweiligen politischen Konstellationen in den Einzelstaaten einzugreifen.*

### **European social policy between supranational and national autonomy: the example of the regulations on posted workers**

*European social policy has two dimensions: the relationship between liberalized market freedoms and social protection on the one hand, and the distribution of regulatory competencies between the supranational and the national level on the other. The posted workers issue shows how both dimensions interacted in bringing about a pattern of national and supranational regulation that might provide a model for future social regulation in the EU. In several member states, market-modifying measures were introduced according to pre-established European laws. However, the substance of these diverging regulatory acts was affected by institutional and political factors in each member state. National regulations pre-empted the effects of subsequent supranational market modification, making it possible for a European directive to be adopted after many years of deadlock in the Council of Ministers. But this directive allows national regulations to remain in place with hardly any changes, and it safeguards national autonomy regarding decisions on the substance of binding labor law to be applied. The supranational measure can be described as an "umbrella" that protects national market modification by means of European law without interfering with the institutional arrangements or the political disputes in the member states.*

---

<sup>\*</sup> Dr. rer. soc. Werner Eichhorst, Jg. 1969, Post-Doc-Stipendiat am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Paulstraße 3, D-50676 Köln.  
Arbeitsschwerpunkte: Europäische Integration, Arbeitsmarktpolitik, internationaler Vergleich.

<sup>\*\*</sup> Artikel eingegangen: 26.3.1999, revidierte Fassung akzeptiert: 8.7.1999.

## **Einleitung**

Die Europäische Union umfaßt Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Niveaus der Arbeitskosten und der Arbeitsproduktivitäten, welche auf die divergierende Ausgestaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Absicherung und Niveaus beruflicher Qualifikation zurückzuführen sind. Die Europäische Integration führt in Gestalt der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austauschbeziehungen im Binnenmarkt zu einem Wettbewerb über Arbeitskosten und Arbeitsproduktivitäten zwischen Unternehmen, die ihren Sitz in verschiedenen Staaten der EU haben. Dies ist nicht nur im Bereich des freien Warenverkehrs der Fall, sondern auch beim Austausch von Dienstleistungen. So können beispielsweise gemäß dem Recht des Binnenmarktes Arbeitgeber mit ihrem Personal ohne Beschränkungen seitens des Gastlandes Dienstleistungen im EU-Ausland erbringen. Darzustellen, welche Konsequenzen die Marktöffnung im Bereich der Dienstleistungen für einen hiervon besonders betroffenen Wirtschaftszweig, die Bauwirtschaft, hatte und wie von den diversen politischen Akteuren versucht wurde, die Auswirkungen der Binnenmarkt-Liberalisierung im Fall der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern zu regulieren, ist der Gegenstand dieses Beitrags.

## **Die beiden Dimensionen der Europäischen Sozialpolitik**

Politische Entscheidungen in Westeuropa sind heutzutage oft Entscheidungen innerhalb der Mehrebenenstruktur der EU (Marks et al. 1996). Es genügt folglich nicht mehr, entweder die Entscheidungsprozesse und ihre Resultate auf der Ebene der Gemeinschaftsorgane der EU zu analysieren oder, in klassisch-vergleichender Perspektive, einzelstaatliche Regulierungsbemühungen zu betrachten (Ebbinghaus 1996). Beide Ebenen sind in der Mehrebenenverflechtung aufeinander bezogen und beeinflussen sich gegenseitig hinsichtlich der ablaufenden Entscheidungsprozesse und ihrer Resultate. Deshalb müssen sie auch gleichgewichtig analysiert werden, wobei die Untersuchung sowohl eine horizontale, vergleichende als auch eine vertikale, europaorientierte Perspektive umfassen muß. Im Feld der marktgestaltenden Regulierung auf europäischer oder einzelstaatlicher Ebene tritt ein zweites Spannungsverhältnis hinzu: das der Entscheidung zwischen der sozialpolitisch motivierten Marktbeschränkung mitsamt den etablierten nationalen Arrangements einerseits und der Verwirklichung der Marktfreiheiten, wie sie zum liberalen Kern des Binnenmarktprojekts gehören, andererseits (Rhodes 1991, 1995; Leibfried/Pierson 1995; Pierson/Leibfried 1995; Scharpf 1996, 1997; Streeck 1995a). Die Untersuchung Europäischer, also mitgliedstaatlicher und gemeinschaftlicher Sozialpolitik muß daher zwei Dimensionen im Blick behalten: das Verhältnis zwischen nationalen und supranationalen Regulierungsprozessen und deren Resultaten auf der einen Seite und die Beziehung zwischen der Liberalisierung im Binnenmarkt und der marktbeschränkenden Regulierung auf dem Feld der Sozialpolitik auf der anderen Seite. Beide Dimensionen stehen in enger Wechselwirkung miteinander, und zwar in dem Sinne, daß Entscheidungen zwischen europäischer und nationaler Regulierung mit Entscheidungen zwischen Marktliberalisierung und Marktbeschränkung verknüpft sein können. Ab-

bildung 1 vermittelt einen Überblick über die beiden Dimensionen und ihre Kreuzungspunkte.

Abb. 1: Zwei Dimensionen Europäischer Sozialpolitik

	<i><b>Supranationale Regulierung</b></i>		
<i><b>Liberaler Wettbewerb</b></i>	(1) Negative Integration	(4) Positive Integration oder Absicherung nationaler Arrangements	<i><b>Sozialer Schutz</b></i>
	(2) Standortkonkurrenz	(3) Verteidigung nationaler Arrangements	
	<i><b>Nationale Regulierung</b></i>		

Die Inhalte der vier Felder marktbezogener Regulierung aus der obigen Darstellung sollen an dieser Stelle kurz erläutert werden:

1. „Negative Integration“ meint die Verwirklichung der Marktfreiheiten für grenzüberschreitende wirtschaftliche Interaktionen mit den Mitteln gemeinschaftlicher Rechtsetzung – also durch die Organe der EU, den Ministerrat, das Europäische Parlament und die Kommission – und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Dies bedeutet gleichzeitig, daß die früher selbstverständlichen nationalen Handlungskompetenzen in Fragen der Marktgestaltung zugunsten der supranationalen Entscheidungsgewalt verdrängt werden. Einzelstaatliche marktbeschränkende Vorschriften stehen nun unter dem Vorbehalt einer Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Sie können bei erwiesener Nichtkonformität mit dem höherrangigen Recht des Binnenmarktes vom EuGH verworfen werden, was zur Folge hat, daß an ihre Stelle das Recht des liberalisierten Marktes tritt (Alter/Meunier-Aitsahalia 1994; Scharpf 1998).
2. Die Marktfreiheiten setzen die nationalen Arrangements der sozialen Absicherung und der Tarifvertragsregime tendenziell einer Standortkonkurrenz innerhalb des Binnenmarktes aus. Das heißt, daß die etablierten einzelstaatlichen Bestände des Sozial- und Arbeitsrechts unter ökonomischen und damit politischen Druck geraten können. Sie stehen unter dem Vorbehalt, die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen, die ihren Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat haben, nicht zu überfordern. Dies kann prinzipiell zu einer Neuaushandlung der sozialen Standards zwischen den nationalen politischen Akteuren führen, mithin auch zu einer Absenkung der etablierten Niveaus der sozialen Absicherung und damit der Marktbeschränkung (Streeck 1995a; Scharpf 1996).

3. Bestehen jedoch im Rahmen des europäischen Rechts (noch) mehr oder minder explizite Handlungsmöglichkeiten auf der Ebene der Mitgliedstaaten, so können politische Akteure, die sich durch die Verwirklichung der Marktfreiheiten und die Gefahr der Standortkonkurrenz bedroht sehen, bestrebt sein, mit einzelstaatlichen Maßnahmen die Marktfreiheiten zu beschränken und ihre gewachsenen Regime des Sozial- und Arbeitsrechts zu verteidigen. Dies wird um so leichter möglich sein, je besser das vorhandene institutionelle Repertoire zu den Erfordernissen einer europarechtlich tragfähigen Marktbeschränkung paßt und je leichter sich die an einer Marktbeschränkung interessierten Akteure gegenüber den Verfechtern der unbehinderten Marktöffnung politisch durchsetzen können (Scharpf 1996, 1998; Streeck 1998).
4. Nationale Marktbeschränkungen sind jedoch angesichts des höherrangigen europäischen Rechts stets prekär und stehen zudem unter dem tatsächlichen oder wahrgenommenen politisch-ökonomischen Druck der Standortkonkurrenz. Deshalb gibt es einen Anreiz für die auf eine Marktbeschränkung hin orientierten Akteure, auf europäischer Ebene ebenfalls die Marktfreiheiten einzugrenzen zu versuchen. Hierbei eröffnen sich ihnen grundsätzlich zwei Alternativen: a) entweder die Ersetzung unterschiedlicher nationaler Arrangements durch gemeinschaftsweit geltende, harmonisierte soziale Standards, von denen nicht mehr national abgewichen werden kann („positive Integration“, Scharpf 1996), oder b) die Schaffung gemeinschaftlicher Vorschriften, die so offen formuliert sind, daß sie bereits bestehende, nationale marktbeschränkende Regelungen in sich aufnehmen und europarechtlich absichern, ohne sie zu vereinheitlichen. Die zweite Option ist weniger anspruchsvoll, d.h. politisch robuster, da sie keine vollständige Harmonisierung des nationalen Rechts zur Konsequenz hat, sondern „autonomieschonend“ (Scharpf 1993) oder „neo-voluntaristisch“ (Streeck 1995a, 1995b) ist und lediglich die Verständigung auf eine europaweite Rahmenregelung erfordert. Gleichzeitig hat sie aber zur Konsequenz, daß auf nationaler Ebene nach wie vor über die konkrete Ausgestaltung, also auch über Abweichungen und Ausnahmen von bestimmten Sozialstandards entschieden werden kann. Hingegen wird die Harmonisierung der sozialen Standards auf europäischer Ebene als besonders schwierig angesehen, da die Interessenkonstellationen zwischen den Mitgliedstaaten ebenso divergieren wie die institutionellen Strukturen der nationalen sozialpolitischen Arrangements.

### **Eine Fallstudie: Die Arbeitnehmerentsendung im Binnenmarkt**

Kern des Beitrags ist die Darlegung der empirischen Befunde einer Fallstudie zu den Konsequenzen der freien Dienstleistungserbringung für einen besonders stark betroffenen Wirtschaftszweig, die Bauwirtschaft, und die Analyse der Regulierungsbemühungen zu diesem Thema. Zunächst werden die ökonomischen und die juristischen Ausgangsbedingungen für die politischen Entscheidungsprozesse auf europäischer und nationaler Ebene untersucht.

### ***Die Bauwirtschaft im Binnenmarkt***

Die ungehinderte Erbringung von Dienstleistungen unter Mitnahme von eigenem Personal ist eine besondere Form grenzüberschreitender Wirtschaftsaktivität im Binnenmarkt, die in der Bauwirtschaft eine bedeutende Größenordnung erreicht hat. Die Gründe hierfür liegen zum einen in der Ortsgebundenheit der Erstellung von Bauwerken, die eine Verlagerung der Produktion in andere Staaten und den Austausch von fertigen Produkten nicht erlaubt, und zum anderen in der Arbeitsintensität der bauwirtschaftlichen Produktionsweise, was sie für divergierende Niveaus der Arbeitskosten in einzelnen EU-Mitgliedstaaten besonders empfindlich macht. Die Entsendung von Arbeitskräften aus Staaten mit geringen Arbeitskosten in solche mit höheren kann als das in der Bauwirtschaft praktizierte Äquivalent zur Verlagerung von Produktionsstätten angesehen werden, wie das in anderen Branchen, zum Beispiel der Textilindustrie, in der Vergangenheit geschehen ist. In der Regel läuft die vorübergehende Tätigkeit ausländischer Bauunternehmen im Rahmen von Subunternehmerverträgen mit größeren Baufirmen ab, wobei die entsandten Arbeitskräfte für einfache, arbeitsintensive Teilbereiche der Bautätigkeit eingesetzt werden.

Betrachtet man einige nationale Bauwirtschaften, welche in den Binnenmarkt eingebettet sind, so erkennt man, daß diese in ganz unterschiedlichem Maße von der Entsendung von Arbeitnehmern betroffen waren und sind (vergleichende Darstellungen zur Bauwirtschaft bei Eisbach/Goldberg 1992; Hellsten/Heumen 1995; Pellegrini 1990; Rainbird/Syben 1991; Gross/Syben 1992; Unger/Waarden 1993). Einige Länder wurden zu Empfängern entsandter Arbeitskräfte, andere zu Entsendeländern dieser Bauarbeiter, während eine dritte Gruppe kaum von dem Phänomen berührt wurde. Ordnet man die Mitgliedstaaten der EU in diese drei Gruppen, so läßt sich feststellen, daß Staaten mit hohen Arbeitskosten aufgrund höherer tarifvertraglich vereinbarter Löhne, ausgebauter sektoraler Sozialkassen für Ausbildung, Zusatzrenten und bezahlten Urlaub und umfassender gesetzlicher Sozialversicherungssysteme zu den tatsächlichen oder potentiellen Empfangsländern zählten. Dazu gehörten Deutschland, die Niederlande, Belgien, Frankreich und Österreich. Dort wurde seit dem Ende der achtziger Jahre, vermehrt aber zu Beginn der neunziger Jahre ein Zustrom legal entsandter Arbeitskräfte verzeichnet oder zumindest von den um ihre Konkurrenzfähigkeit fürchtenden kleineren und mittleren Bauunternehmen samt ihren Arbeitskräften erwartet. Denn die entsandten Arbeitskräfte blieben bis zur Re-Regulierung im wesentlichen dem heimatlichen, weniger anspruchsvollen Arbeitsrecht unterworfen. Gerade dies unterschied die Stellung der entsandten Arbeitskräfte von traditionellen Formen der Ausländerbeschäftigung wie den sog. Gastarbeitern, die von einheimischen Arbeitgebern zu dem auf dem nationalen Territorium geltenden Recht beschäftigt wurden. Hingegen konnten Bauunternehmen aus Portugal und, mit Abstrichen, auch aus Spanien und Griechenland von ihren geringeren Arbeitskosten profitieren und ihre Arbeitskräfte über Subunternehmerverträge im europäischen Ausland einsetzen. Dabei erreichten die entsandten Arbeitskräfte zumindest bei einfachen Bautätigkeiten eine Arbeitsproduktivität, die ihren Einsatz im Vergleich zu den teureren einheimischen Bauarbeitern durchaus rentabel machte (zur Personalpolitik im deutschen Bau-

gewerbe vgl. Pahl/Stroink/Syben 1995; Syben 1997). Einen ähnlichen Kostenvorteil nutzten die englischen und, in geringerem Umfang, irischen,

Abb. 2: Nationale Bauwirtschaften im Europäischen Binnenmarkt

	<i>Deutschland</i>	<i>Frankreich</i>	<i>Österreich</i>	<i>Großbritannien</i>	<i>Italien</i>
<i>Branchenstruktur</i>	mittelständisch, kleinbetrieblich	polarisiert in Groß- und Kleinunternehmen	mittelständisch, kleinbetrieblich	polarisiert in Großunternehmen und Selbstständige	vorwiegend kleinbetrieblich
<i>Typische Produktionsform</i>	Selbständige Bauausführung durch Mittelstand, jüngst auch Subunternehmertum	Subunternehmertum	selbständige Bauausführung durch Mittelstand	Subunternehmertum	Kooperation unabhängiger Kleinunternehmer
<i>Arbeitsbeziehungen</i>	Tarifverträge, Sozialkassen	Tarifverträge auf staatlichem Fundament, Sozialkassen	Tarifverträge, Sozialkassen	meist Einzelvereinbarungen	Tarifverträge, Sozialkassen, informeller Sektor
<i>Niedrigster Tariflohn<sup>1</sup> 1994/95 in ECU/Std.</i>	10,56	5,82	5,98	4,26	6,86
<i>Gesamte Arbeitskosten in ECU/Std.</i>	19,28	14,22	n.v.	8,26	15,46
<i>Ausländerbeschäftigung</i>	- Gastarbeiter - Werkvertragsarbeiter - Entsandte	- Gastarbeiter - illegale Einwanderer - Entsandte	- Gastarbeiter	- Gastarbeiter (Iren)	- Gastarbeiter - illegale Einwanderer
<i>Ins Land entsandte EU-Arbeitskräfte</i>	max. ca. 200.000 (1996)	max. einige 1000 (ab 1986)	max. ca. 2.000 (1995)	keine	keine

formal selbständigen Bauarbeiter ohne tarifvertraglich vereinbarte Löhne und mit lediglich rudimentärer sozialer Absicherung, die über mehr oder minder irreguläre Vermittler nach Kontinentaleuropa gebracht wurden. Länder mit einem mittleren Niveau der Arbeitskosten wie Italien waren weder als Herkunfts- noch als Empfangsland von der Arbeitnehmerentsendung im Baugewerbe in nennenswertem Umfang berührt. Abbildung 2 zeigt in schematischer Weise die Unterschiedlichkeit einiger ausgewählter nationaler Bauwirtschaften im EU-Binnenmarkt hinsichtlich der Branchenstrukturen, der Arbeitsbeziehungen, der Lohn- und Arbeitskostenniveaus und –

<sup>1</sup> Quelle für Tariflöhne und Arbeitskosten: Hellsten/Heumen 1995:10, Eisbach/Goldberg 1992:84. Die Zahlen für die entsandten Arbeitskräfte entsprechen Schätzungen der nationalen Verbände.

daraus resultierend – der Betroffenheit durch die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften. Die besondere Anziehungskraft Deutschlands (zur deutschen Bauwirtschaft vgl. Rußig et al. 1996) muß jedoch ergänzend mit zwei Sonderfaktoren erklärt werden: zum einen mit der im internationalen Vergleich antizyklisch gelegenen Boomphase in der Bauwirtschaft nach der Wiedervereinigung und zum anderen mit der allmählichen Verbreitung von Subunternehmerbeziehungen im traditionell mittelständisch geprägten Baugewerbe. Die Entwicklung von Subunternehmerstrukturen war eine indirekte Folge der bilateral vereinbarten Werkvertragskontingente mit einigen osteuropäischen Nachbarstaaten. Von dort konnten zwischen 1990 und 1993 in erheblichem Umfang kleine Baufirmen als Subunternehmer in Deutschland tätig werden. Nachdem dies durch eine restriktivere Regulierung erschwert worden war, wurden die osteuropäischen Werkvertragsarbeitnehmer in der deutschen Bauwirtschaft weitgehend durch entsandte Arbeitnehmer aus den EU-Staaten ersetzt (Reim/Sandbrink 1996; Fuchs 1995; Werner 1996; Druker/Dupré 1998).

### ***Die rechtlichen Ausgangsbedingungen***

Nach der Darstellung einiger ausgewählter Bauwirtschaften, die in den gemeinsamen EU-Binnenmarkt eingebettet sind und grenzüberschreitende Dienstleistungen im Wege der Arbeitnehmerentsendung austauschen, ist der rechtliche Ausgangszustand vor Beginn der Bemühungen um Re-Regulierung auf europäischer und nationaler Ebene zu untersuchen. Welches Recht galt für die Entsendung von Arbeitnehmern gegen Ende der achtziger Jahre? Und welche Handlungsmöglichkeiten zur Änderung des geltenden Rechts gab es für die Mitgliedstaaten und die EU?

Die Freiheit zur Entsendung von Arbeitnehmern ist Teil der Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt (Desmazières de Séchelles 1993; Hailbronner/Nachbaur 1992; Franzen 1996; Eichenhofer 1996). Dies wurde jedoch erst im Verlauf der achtziger und frühen neunziger Jahre als geltendes Recht explizit durch den Europäischen Gerichtshof identifiziert. Zuvor war unklar gewesen, ob ein Unternehmer zwecks Dienstleistungserbringung eigenes Personal ins europäische Ausland mitnehmen konnte und ob er dabei bestimmten nationalen Beschränkungen im Gastland unterworfen werden konnte. Entscheidende Wirkung entfaltete in diesem Zusammenhang das EuGH-Urteil „Rush Portuguesa“ vom März 1990. In ihm wurde die Entsendung von Arbeitskräften definitiv zum Bestandteil der Dienstleistungsfreiheit erklärt. Es stellte sich aber die Frage, welches Recht auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden sollte. Bis zur Schaffung der Entsenderichtlinie gab es kein einschlägiges europäisches Recht. Jedoch erlangte das völkerrechtliche, außerhalb der EU-Institutionen vereinbarte „Europäische Schuldvertragsübereinkommen“ (EVÜ) vom Juni 1980 in den achtziger Jahren nach und nach in allen EU-Staaten als internationales Kollisionsrecht Geltung. Es sah vor, daß bei der zeitweiligen Entsendung von Arbeitnehmern grundsätzlich das Recht des Heimatlandes zur Anwendung kommen sollte (Art. 6 Abs. 2 EVÜ). Das bedeutete, daß „Inseln ausländischen Arbeitsrechts“ im Gastland entstehen konnten (Hanau/Heyer 1993). Jedoch wurde nach Art. 7 Abs. 2 EVÜ das Recht des Herkunftslandes von jenen Rechtsvorschriften des Gast-



landes verdrängt, die ohne Rücksicht auf das sonst anwendbare Recht zwingend galten. Diese „zwingenden Eingriffsnormen“ umfaßten alle gesetzlichen Regelungen, die überindividuelle sozialpolitische Ordnungsvorstellungen gewährleisteten und von denen nicht abgewichen werden durfte. Hierunter fielen z.B. die gesetzlichen Höchst-arbeitszeiten, der Arbeits- und Gesundheitsschutz und die gesetzlichen Feiertage. Die Einordnung gesetzlicher Mindestlöhne war jedoch nicht eindeutig gesichert. Keinesfalls abgedeckt waren von den zwingenden Eingriffsnormen die Vorschriften, die auf einfachen Tarifverträgen basierten. Auch die Anwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge war umstritten, wurde jedoch von den Gerichten zumeist verneint. Dies bedeutete, daß alle tarifvertraglichen Regelungen des Gastlandes, insbesondere solche zu den Löhnen, nicht auf entsandte Arbeitskräfte angewandt werden konnten. Generell bestand auf der Grundlage des EVÜ eine erhebliche Unsicherheit bei der arbeitsrechtlichen Behandlung der entsandten Arbeitskräfte.

Welche Möglichkeiten bestanden nun, diese rechtliche Ausgangssituation zu verändern und den Bestand an zwingenden Eingriffsnormen zu erweitern, um die entsandten Arbeitskräfte vor allem auch den Lohnvorschriften des Gastlandes zu unterwerfen? Hier boten sich zwei Handlungsoptionen an: die gemeinschaftliche und die einzelstaatliche. Auf der EU-Ebene konnte sich die Schaffung einer diskriminierungsfreien und verhältnismäßigen Regulierung der Arbeitnehmerentsendung auf mehrere Rechtsgrundlagen wie Art. 57 und 66 EGV, Art. 100 und 100a EGV, Art. 118a EGV oder Art. 235 EGV stützen. Keine dieser potentiellen Ermächtigungen war jedoch juristisch unstrittig, da stets die Frage aufgeworfen wurde, ob mit europarechtlichen Mitteln eine Beschränkung der freien Dienstleistungserbringung möglich sei (Steck 1994; Hanau 1993; Eichenhofer 1996; Franzen 1996). Was die Handlungsmöglichkeiten auf der nationalen Ebene anging, so hingen diese von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ab. Grundsätzlich galt, daß die Mitgliedstaaten keine nationalen Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs einführen oder aufrechterhalten durften. Jedoch erkannte der EuGH Restriktionen der Marktfreiheiten als legitim an, sofern diese für EU-In- und Ausländer gleichermaßen galten, d.h. diskriminierungsfrei waren, dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprachen und durch ein zwingendes, übergeordnetes Allgemeininteresse des Mitgliedstaates legitimiert werden konnten (Behrens 1992). Diskriminierungsfrei war jedoch nur die Anwendung von Rechtsbeständen, die auch alle inländischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen banden, d.h. gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen Charakter hatten. In mehreren Urteilen seit den siebziger Jahren hat der EuGH dies klargestellt und als zentrales Prinzip festgeschrieben (z.B. „van Binsbergen“ von März 1974, „Webb“ vom Dezember 1981). Einschlägig wurde jedoch auch hier das Urteil „Rush Portuguesa“ von 1990. In ihm hielt der EuGH fest, daß „es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge ... auf alle Personen auszudehnen, die in ihren Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben.“ Eine ähnliche Formulierung hatte der EuGH bereits 1982 im Urteil „Seco“ gewählt, und er wiederholte sie auch 1994 im Fall „Vander Elst.“ Damit hatte der Ge-

richtshof eine einzelstaatliche Ermächtigung zur Erweiterung der zwingenden Eingriffsnormen geschaffen, wenngleich deren Reichweite und Legitimität ebenso umstritten blieb wie die Möglichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Sowohl die Abgrenzung zwischen gemeinschaftlicher und nationaler Handlungskompetenz als auch das Verhältnis zwischen Marktfreiheit und Marktbeschränkung waren unklar und boten Ansatzpunkte für politische Gestaltungsversuche.

### ***Der Regulierungsversuch auf europäischer Ebene***

Der rechtliche Ausgangszustand in der Entsendefrage bestand darin, daß Arbeitskräfte innerhalb des Binnenmarktes entsandt werden konnten, ohne daß sie für die Zeit ihrer Tätigkeit im EU-Ausland wesentlichen Bestandteilen des Arbeitsrechts unterworfen wurden, das am Ort der Tätigkeit galt. Dies betraf insbesondere die Anwendbarkeit von gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorschriften über Löhne als zwingende Normen im Sinne des EVÜ. Die Situation wurde von den Verbänden des Baugewerbes und den Baugewerkschaften als Einfallstor für „Lohn- und Sozialdumping“ und damit als regulierungsbedürftiger Sachverhalt angesehen. Die von den nationalen Gewerkschaften aus den Ländern mit hohen Arbeitskosten dominierte Europäische Föderation der Bau- und Holzgewerkschaften drängte deshalb als erster Akteur auf eine europaweite Festlegung des auf entsandte Arbeitskräfte anwendbaren Rechts mittels eines Rechtsaktes der EU (siehe hierzu die Beiträge in Köbele/ Cremers 1994 sowie Hanau 1993). Die Europäische Kommission griff diese Initiative auf und legte 1991 nach Konsultation der Sozialpartnerverbände und der nationalen Regierungen einen Entwurf für eine Richtlinie über die Arbeitnehmerentsendung vor. Der Entwurf wurde auf Art. 57 Abs. 2 EGV in Verbindung mit Art. 66 EGV gegründet, was eine Mehrheitsentscheidung im Rat ermöglichte. Er sah vor, daß die Mitgliedstaaten ihr gesetzliches und kollektivvertragliches Arbeitsrecht hinsichtlich eines „harten Kerns“ von Sozialstandards wie Mindestlöhnen, Arbeitszeiten, Urlaubsrechten, Arbeitsschutzvorschriften und weiteren Arbeitsbedingungen auf die auf ihr Territorium entsandten Arbeitskräfte anwenden sollten, ohne daß das Niveau dieser Standards selbst vereinheitlicht werden sollte. Zunächst wurde eine Schwellenfrist von drei Monaten in Betracht gezogen, was jedoch auf Drängen des Europäischen Parlaments auf einen Monat reduziert wurde. Ebenso verlangte das Parlament in erster Lesung, dafür zu sorgen, daß nicht nur allgemeinverbindliche Tarifverträge, sondern auch allgemein angewandte, also sog. ortsübliche Arbeitsbedingungen zum Bestandteil der Richtlinie gemacht werden sollten. Entsprechende Änderungen nahm die Kommission in ihrem zweiten Entwurf vor, wobei sie aber anstelle ortsüblicher Arbeitsbedingungen auf allgemein anwendbare Tarifverträge auswich, d.h. auf Tarifverträge, die von der weit überwiegenden Mehrheit der Arbeitgeber angewandt wurden. Ortsübliche Arbeitsbedingungen erfaßten nicht alle Unternehmen und hätten im Falle ihrer verbindlichen Festschreibung für entsandte Arbeitskräfte und deren Arbeitgeber diskriminierend gewirkt. Im Hinblick auf die abzudeckenden Wirtschaftszweige war an keine sektorale Einschränkung gedacht. Mittels eines gemeinschaftlichen Rechts-

aktes sollte also auf Betreiben der Gewerkschaften und der EU-Kommission versucht werden, europaweit für einen „fairen“ Wettbewerb und damit für eine Marktbeschränkung durch die weitgehende Erstreckung des jeweiligen nationalen Arbeitsrechts zu sorgen.

Die Beratungen im Ministerrat erwiesen aber schon bald, daß die Verständigung einer qualifizierten Stimmenmehrheit auf eine Richtlinie, wie von der Rechtsgrundlage verlangt, nicht ohne weiteres möglich war. Während die Staaten mit hohen Arbeitskosten, namentlich Dänemark, Frankreich, die Benelux-Staaten und später auch die neuen Mitgliedstaaten Schweden, Finnland und Österreich die Richtlinie unterstützten, wurde diese von den hauptsächlichen Entsendestaaten Portugal und Großbritannien grundsätzlich verworfen. Eine mittlere Gruppe von Regierungen aus Spanien, Griechenland, Irland und Italien lehnte die Richtlinie in der geplanten Fassung als zu restriktiv ab. Die deutsche Regierung hatte lange Zeit unentschieden zwischen der Befürwortung eines „fairen“ Wettbewerbs und der Verteidigung der Marktfreiheiten geschwankt, wechselte aber angesichts der wachsenden Schwierigkeiten im heimischen Bausektor und des politischen Drucks der Tarifpartner aus dem Baugewerbe zu den Verfechtern der Richtlinie über. Aber auch während der deutschen Präsidentschaft im Ministerrat konnte kein Kompromiß erreicht werden, obwohl man versucht hatte, eine sektorale Einschränkung auf das Baugewerbe vorzunehmen. Ebenso wenig gelang die Einleitung von Verhandlungen der Sozialpartner auf europäischer Ebene. Hierzu fehlte es zum einen an einer ausreichenden Rechtsgrundlage im Maastrichter Abkommen über die Sozialpolitik und zum anderen an der Verhandlungsbereitschaft der Arbeitgeberseite. Der europaweite Arbeitgeberverband UNICE lehnte das Richtlinienvorhaben im Gegensatz zum Europäischen Gewerkschaftsbund mehrheitlich ab, während sich die Sozialpartner des europäischen Baugewerbes immerhin auf eine gemeinsame Stellungnahme zugunsten der Richtlinie verständigen konnten. Jedoch waren auch die sektoralen Sozialpartner aufgrund stark divergierender Interessenlagen und mangelnder institutioneller Infrastruktur nicht zu Verhandlungen über die Richtlinieninhalte in der Lage (Baumann/Laux/ Schnepf 1997). Damit blieb das Dossier auf europäischer Ebene blockiert.

### ***Die nationalen Entsenderegelungen***

Die Blockade des Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene bedeutete, daß die rechtliche Unsicherheit bei der Behandlung entsandter Arbeitnehmer fort dauerte und die legal zulässige Konkurrenz durch ausländische „Billigarbeiter“ nicht unterbunden werden konnte. Die EU-Mitgliedstaaten mit hohen Arbeitskosten, welche zu Empfängerländern entsandter Arbeitnehmer geworden waren oder dies zu werden befürchteten, griffen vor diesem Hintergrund auf die ihnen nach der Rechtsprechung des EuGH mehr oder minder explizit eingeräumte einzelstaatliche Handlungskompetenz zurück. Sie strebten danach, mittels nationaler Gesetzgebung festzuschreiben, daß bestimmte Vorschriften des jeweiligen Arbeitsrechts, insbesondere zu den Löhnen, zu zwingenden Eingriffsnormen wurden. Diese mußten von allen Unternehmen und Beschäftigten, einheimischen und ausländischen gleichermaßen, auf dem natio-

nen Territorium eingehalten werden. Entsprechende Initiativen wurden in den Benelux-Staaten, in den skandinavischen Ländern und in den drei genauer untersuchten EU-Mitgliedstaaten, Frankreich, Österreich und Deutschland, unternommen.

Als eines der ersten Länder schuf Frankreich eine nationale Entsenderegelung (Desmazières de Séchelles 1993; Robin 1994). Zunächst erließ das Arbeitsministerium in Reaktion auf das EuGH-Urteil „Rush Portuguesa“, das gegen die französische Praxis gerichtet war, von portugiesischen Arbeitskräften Arbeitserlaubnisse zu verlangen, ein nicht verbindliches Rundschreiben. Dieses definierte das anwendbare nationale Arbeitsrecht für den Bausektor und sollte verhindern, daß nach dem Urteil vermehrt ausländische Arbeitskräfte auf französische Baustellen entsandt wurden. Bereits in der Vergangenheit waren mehrere Hundert Bauarbeiter aus Portugal für französische Generalunternehmer tätig geworden. Im November 1993 wurde in einem zweiten Schritt mit Unterstützung durch alle politischen Akteure, d.h. die Arbeitgeberverbände, die Gewerkschaftsbünde und die politischen Parteien, eine gesetzliche Regelung getroffen (Art. L 341-5 Code du Travail). Sie sah vor, das gesamte verbindliche französische Arbeitsrecht ohne Schwellenfrist auf alle entsandten Arbeitskräfte in sämtlichen Wirtschaftszweigen auszudehnen und insbesondere die ausländischen Unternehmen zur Bezahlung des gesetzlichen Mindestlohnes SMIC und eventuell vorhandener allgemeinverbindlicher, kollektivvertraglicher Mindestlöhne an ihre Arbeitskräfte zu verpflichten. Im Bausektor bestand beispielsweise ein allgemeinverbindlicher Mindestlohn für gewerbliche Arbeiter, der aber nur wenig über dem SMIC lag. Damit hatte man in Frankreich ohne kontroverse politische Debatte eine umfassende nationale Entsenderegelung verabschiedet, welche die legale Entsendung von Arbeitskräften nach Frankreich weitgehend eindämmte.

Ähnlich verlief der Entscheidungsprozeß in Österreich (Eder 1997), das bereits 1993, noch vor dem Beitritt zur EU im Jahr 1995, im Konsens aller Parteien und Interessenverbände mit dem § 7 des Arbeitsvertragsrechts-Änderungsgesetzes (AVRAG) präventiv eine nationale Regulierung der Entsendefrage vornahm. Diese gesetzliche Maßnahme sorgte für die Anwendung des in Österreich geltenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Arbeitsrechts auf entsandte Arbeitskräfte, sofern eine Schwellenfrist von einem Monat beachtet wurde. Die österreichischen Lohnvorschriften, auch solche oberhalb des Mindestlohnes, konnten ohne Schwierigkeiten auf ausländische Arbeitnehmer erstreckt werden, weil sie dank der Pflichtmitgliedschaft aller einheimischen Unternehmen in den Wirtschaftskammern faktisch allgemeinverbindlich waren. Nachdem im Jahr 1995 eine verstärkte Entsendung von Bauarbeitern nach Österreich aufgrund der Ankündigung eines führenden Bauunternehmens befürchtet worden war, wurde seitens der in einer Großen Koalition regierenden Sozialdemokraten mit Unterstützung der Gewerkschaften, aber gegen den Widerstand der Arbeitgeberverbände und der Christdemokratie, eine Verschärfung des AVRAG angestrebt. Dabei sollte insbesondere die Schwellenfrist gestrichen werden. Der Konflikt hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit in einen für beide Gruppen akzeptablen Kompromiß gemündet, wäre die Regierungskoalition nicht über eine andere Frage zerbrochen. So aber konnten die Sozialdemokraten in einer koalitionsfreien Abstimmung bei einer

Sondersitzung des Parlaments mit Unterstützung der Oppositionsparteien eine modifizierte, verschärfte Fassung des § 7 AVRAG durchsetzen.

In Deutschland gestaltete sich die Schaffung einer nationalen Entsenderegelung trotz des erheblich größeren Problemdrucks durch die legale Tätigkeit ausländischer Baufirmen und illegale Begleiterscheinungen sehr schwierig. Nachdem die deutsche Ratspräsidentschaft Ende 1994 keine Einigung auf europäischer Ebene erreicht hatte, wurden zwischen der christdemokratisch-liberalen Regierung und den Tarifpartnern des Baugewerbes Gespräche über eine nationale Regelung aufgenommen. Es war beabsichtigt, einen Mindestlohn für das Baugewerbe auf die entsandten Arbeitskräfte anzuwenden, sofern der dem Mindestlohn zugrunde zu legende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Die Allgemeinverbindlichkeit eines Lohntarifvertrages war jedoch bislang die Ausnahme im deutschen Arrangement der Tarifautonomie gewesen. Sie wurde nun aus Gründen der europarechtlichen Konformität für notwendig erachtet, zumal es keinen gesetzlichen Mindestlohn gab. Sowohl die Gesetzesinitiative als auch die Allgemeinverbindlichkeit wurden vom liberalen Koalitionspartner FDP und vom Dachverband der Arbeitgeber, der BDA, als unzulässiger Eingriff in den Binnenmarkt abgelehnt, während die Tarifpartner des Baugewerbes und die oppositionellen Sozialdemokraten das Projekt befürworteten. Gleichmaßen war das Regulierungsvorhaben aus juristischen und ökonomischen Gründen umstritten. Die Verfechter der einzelstaatlichen Marktbeschränkung mußten sich mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Argumenten der Befürworter einer ungehinderten grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung auseinandersetzen (zu dieser Debatte vgl. z.B. Däubler 1995; Franzen 1996; Gerken et al. 1996; Eekhoff 1996; Hold 1996; Junker/Wichmann 1995; Koenigs 1997; Sahl/Stang 1996 und die Beiträge in Köbele/Leuschner 1995). Das Gesetz konnte erst nach langwierigen Verhandlungen innerhalb der Regierungskoalition vom Bundestag mit Unterstützung des Bundesrates im Februar 1996 verabschiedet werden (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, AEntG). Es sorgte für die Erstreckung eines allgemeinverbindlichen, tarifvertraglichen Mindestlohnes auf die entsandten Arbeitnehmer, ohne eine Schwellenfrist einzuräumen (Lorenz 1996; Koberski et al. 1997; Hanau 1996). In doppelter Hinsicht war es jedoch aufgrund der Kompromißerfordernisse vergleichsweise beschränkt: Es deckte nur den Bausektor ab und sollte im Jahr 1999 seine Gültigkeit verlieren.

Auch die Schaffung eines allgemeinverbindlichen Mindestlohnes gestaltete sich kontrovers. Während die Tarifpartner des Baugewerbes in Verhandlungen über einen Mindestlohn-Tarifvertrag eintraten, signalisierte die BDA ihre prinzipielle Ablehnung eines solchen Vorhabens. Die Zustimmung der BDA und ihrer exportorientierten Mitgliedsverbände war jedoch erforderlich, da der Arbeitsminister einen Tarifvertrag nur dann für allgemeinverbindlich erklären konnte, wenn das Einvernehmen der branchenfremden Verbände und der Dachorganisationen vorlag. So aber konnte die BDA die Verhandlungen auf der Branchenebene dahingehend beeinflussen, daß der Mindestlohn einen bestimmten, von ihr vorgegebenen Wert nicht überschritt. Andernfalls hätte sie ihre Vetomöglichkeit nutzen können. Nachdem sie ihre prinzipiellen Bedenken zurückgestellt hatte, argumentierte die BDA, daß ein höherer Mindest-

lohn für das Baugewerbe die Lohnpolitik in anderen Branchen präjudiziere. Gleichzeitig manifestierte sich in diesem Konflikt ein Interessengegensatz zwischen den exportorientierten Branchenverbänden, die an möglichst geringen Baukosten interessiert waren, und den Arbeitgebern der Bauwirtschaft sowie den Gewerkschaften, die eine Verteidigung ihrer ökonomischen Existenz und damit eine Zurückdrängung ausländischer Wettbewerber anstrebten. Nach mehreren vergeblichen Anläufen gelang es im Herbst 1996, der BDA die Zustimmung zu einem allgemeinverbindlichen Mindestlohn von DM 17,00 für die westlichen und DM 15,64 für die östlichen Bundesländer abzurufen. Jedoch sollte die Allgemeinverbindlichkeit nur für acht Monate gelten. Um eine Verlängerung bis zum Auslaufen des Gesetzes im Jahr 1999 zu erreichen, mußten im Sommer 1997 erneute Verhandlungen angesetzt und der Mindestlohn auf Drängen der BDA auf DM 16,00 bzw. DM 15,14 reduziert werden, was aber immer noch höher lag als die vergleichbaren Mindestlöhne in Frankreich und Österreich. Diese Regelung mit ihrer sektoralen Beschränkung, der zeitlichen Befristung und der im Vergleich zu den bestehenden Tarifverträgen abgesenkten Lohnhöhe stellte einen komplexen Kompromiß zwischen den beteiligten politischen Akteuren mit ihren gegensätzlichen Interessen dar. Die Zahl der legal entsandten Arbeitskräfte ist seither vermutlich etwas gesunken, wobei aber nicht genau festgestellt werden kann, welchen Anteil daran die konjunkturelle Abschwächung im Bausektor trägt und welche Bedeutung das AEntG hat.

Die deutsche Entsenderegelung wurde nach dem Regierungswechsel im Herbst 1998 bereits im Vorgriff auf die Umsetzung der europäischen Richtlinie verändert. Dabei wurde der Vetopunkt der Arbeitgeberverbände im Tarifausschuß zugunsten einer Verordnungsermächtigung des Arbeitsministers beseitigt, d.h. daß nun der Arbeitsminister allein nach Anhörung der Tarifvertragsparteien einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären kann, ohne auf das Votum der Dachverbände bzw. der Exportwirtschaft angewiesen zu sein. Außerdem wurde die Befristung des AEntG aufgehoben, da, wie unten ausgeführt, die Richtlinie selbst unbefristet gelten wird (Däubler 1997). Diese Veränderung erlaubte es den Tarifparteien des Baugewerbes, ohne ein drohendes Veto der Dachverbände einen höheren Mindestlohn von 18,50 DM für Westdeutschland zu vereinbaren.

Wie man sieht, zeigen sich deutliche Unterschiede in der Ausgestaltung der nationalen Entsenderegelungen hinsichtlich der institutionellen Gestalt der erstreckten Vorschriften, der Höhe der Mindestlöhne, des sektoralen Anwendungsbereichs und der Befristung. Hier zeigt sich der Einfluß mehrerer Erklärungsfaktoren. Das vorhandene institutionelle Repertoire, d.h. die Existenz verbindlicher Lohnvorschriften, erleichterte die Erstreckung dieser Rechtsbestände auf ausländische entsandte Arbeitskräfte. Gleichfalls wirkte die Abwesenheit einer starken liberalen Opposition in den Arbeitgeberverbänden oder den regierenden Parteien als günstiger Faktor für die Schaffung einer umfassenden nationalen Entsenderegelung. Dies wurde noch leichter, wenn Vetopunkte fehlten oder erfolgreich umgangen werden konnten. Schließlich konnte ein Mindestlohn um so einfacher auf entsandte Arbeitskräfte erstreckt werden,

je niedriger er lag und je weniger er damit in die Interessen der größeren Bauunternehmen und der Kunden der Bauwirtschaft eingriff.

### ***Die europäische Entsenderichtlinie***

Nachdem die meisten der EU-Mitgliedstaaten, die tatsächliche oder potentielle Empfangsländer von entsandten Arbeitnehmern geworden waren, einzelstaatliche Regelungen zur Durchsetzung ihres jeweiligen nationalen Arbeitsrechts geschaffen hatten, kam der Verhandlungsprozeß auf europäischer Ebene wieder in Bewegung. So gelang es der italienischen Ratspräsidentschaft im Frühjahr 1996, eine qualifizierte Mehrheit im Ministerrat für ihren Kompromißvorschlag zu gewinnen, der den verpflichtenden Charakter der Richtlinie in zentralen Punkten aufgab und den Mitgliedstaaten erhebliche Autonomiespielräume gewährte (Biagi 1996). Diese Linie hatte sich bereits in einzelnen Details während der Verhandlungen des Jahres 1995 abgezeichnet, ohne jedoch zu einem Durchbruch zu führen. Nun wurde der sektorale Geltungsbereich der Richtlinie für gesetzliche Vorschriften zwar unbeschränkt gelassen, für kollektivvertragliches Recht aber auf das Baugewerbe begrenzt, wobei die Mitgliedstaaten andere Wirtschaftszweige nach nationaler Entscheidung einbeziehen konnten. Die Schwellenfrist wurde generell gestrichen, allerdings durften die EU-Staaten einzelstaatlich bis zu einem Monat auf die Anwendung ihres nationalen Arbeitsrechts verzichten. Auch die Liste der Sozialstandards, welche den „harten Kern“ darstellen sollten, wurde geöffnet, d.h. daß sie durch weitere öffentlich-rechtliche Vorschriften gemäß nationaler Entscheidung ergänzt werden konnte. Hinsichtlich der Art der Tarifverträge, die auf entsandte Arbeitskräfte ausgedehnt werden sollten, wurde vorgesehen, daß für den Fall des Fehlens der Allgemeinverbindlichkeit als Rechtsinstrument auch Tarifverträge angewandt werden konnten, die allgemein wirksam waren oder von repräsentativen Verbänden vereinbart wurden. Die Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG) wurde im Dezember 1996 formell vom Ministerrat und dem Europäischen Parlament verabschiedet. Die Kommission und das Parlament hatten auf Anträge zu inhaltlichen Änderungen verzichtet, um den mühsam errungenen Kompromiß einer qualifizierten Stimmenmehrheit im Ministerrat nicht zu gefährden.

Die flexible Gestalt der Richtlinie nahm einerseits Rücksicht auf die in der Zwischenzeit eingeführten nationalen Entsender Regelungen und kam andererseits den Interessen der mittleren Ländergruppe entgegen. Diese Staaten, darunter auch Italien, konnten in manchen Klauseln, z.B. bei einer obligatorischen Schwellenfrist von acht Tagen bei Montagearbeiten und geringfügigen sektoralen Ausnahmebestimmungen, ihre spezifischen Interessen einbringen. Damit gelang es, eine qualifizierte Mehrheit im Ministerrat für die Verabschiedung der Entsenderichtlinie zu gewinnen und diese gegen die Stimmen aus Großbritannien bei Enthaltung Portugals zu beschließen. Der flexible und „autonomieschonende“ Charakter der Richtlinie als „Regenschirm“ über den nationalen Regelungen hat zur Folge, daß sich bei der Umsetzung in nationales Recht keine signifikanten, sondern nur marginale Änderungen ergeben werden (Davies 1997; Druker/Dupré 1998). Die Mitgliedstaaten, welche bereits eigene Regelun-

gen getroffen haben, können diese im wesentlichen ohne Modifikationen aufrecht erhalten oder, wenn dies politisch gewollt ist, gemäß den eigenen Präferenzen anpassen. Diese Mitgliedstaaten hätten keine Richtlinie mitgetragen, die sie zur Rücknahme wesentlicher Teile ihrer nationalen marktbeschränkenden Maßnahmen gezwungen hätte. Beispielsweise hätte die französische Regierung eine Richtlinie mit einer obligatorischen Schwellenfrist abgelehnt. Ein Mehrwert der Richtlinie gegenüber den nationalen Regelungen liegt für diese Mitgliedstaaten aber darin, daß die europaweite Vereinbarung zu den Gerichtsständen so verändert wurde, daß entsandte Arbeitskräfte ihre Arbeitgeber nun auch im Gastland verklagen können, falls ihnen die dort geltenden arbeitsrechtlichen Ansprüche nicht gewährt werden. Schließlich wurde die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Kontrollbehörden verbessert. Beides erleichtert die Durchsetzung nationalen Arbeitsrechts gegenüber ausländischen Unternehmen, die bislang immer problematisch geblieben war. Neu gegenüber der Ausgangssituation ist auch, daß die Mitgliedstaaten jetzt verpflichtet worden sind, ihr verbindliches Arbeitsrecht auf ausländische entsandte Arbeitskräfte anzuwenden, während dies früher in ihr Belieben gestellt gewesen war. Die Mitgliedstaaten werden aber weder gezwungen, verbindliche Rechtsvorschriften neu einzuführen, falls diese fehlen, noch ihr Arbeitsrecht institutionell anzupassen oder das Niveau der sozialen Standards zu verändern. Gibt es beispielsweise in einem Land keine verbindlichen Mindestlöhne gesetzlicher oder tarifvertraglicher Art, so läuft die Richtlinie dort ins Leere. Abbildung 3 zeigt, wie sich die EU-Entsenderichtlinie und die drei ausgewählten nationalen Entsenderegelungen gegenseitig ergänzen.

Abb. 3: Die Entsenderichtlinie und nationale Entsenderegelungen

	<i>Frankreich</i>	<i>Österreich</i>	<i>Deutschland</i>	<i>Europäische Richtlinie</i>
<i>Mechanismus (verein-facht)</i>	gesetzlicher Mindestlohn oder verbindlicher, kollektiv vereinbarter sektoraler Mindestlohn	alle gesetzlichen oder kollektiv vereinbarten Löhne	für allgemein verbindlich erklärter, kollektiv vereinbarter Mindestlohn	gesetzliche oder verbindliche, kollektivvertraglich vereinbarte Mindestlöhne, optional auch vergleichbare andere Mindeststandards
<i>Mindestlohn in DM/Std.</i>	12 (SMIC)	14 (für unqualifizierte Arbeitnehmer)	17/16/18,50 (Westdeutschland)	je nach den nationalen Vorschriften
<i>Geltungsbereich</i>	gesamte Wirtschaft	gesamte Wirtschaft	Bauwirtschaft und Schlepperbetriebe	gesamte Wirtschaft ohne Transport und Medien; Tarifverträge nur im Bausektor, aber nationale Option für andere



				Sektoren
<i>Schwellenfrist</i>	keine	zunächst 1 Monat, später keine	keine	keine obligatorische, aber optionale nach nationaler Entscheidung
<i>Einführungszeit</i>	1993 Gesetz 1994 Dekret	1993 Gesetz 1995 Novelle	1996 Gesetz 1997 Mindestlohn 1998 Novelle	1996 Richtlinie Umsetzung bis 1999
<i>Befristung</i>	keine	keine	bis 1999 (inzwischen aufgehoben)	keine

## Fazit

Aus der Analyse der Entscheidungsprozesse, welche zur EU-Entsenderichtlinie und den nationalen Entsenderegelungen geführt haben, lassen sich einige theoretisch relevante Schlußfolgerungen ableiten:

1. Der wesentliche Kern des Regulierungsmusters, das im Verlauf der ebenenübergreifenden Entscheidungsprozesse geschaffen wurde, blieb national. Die einzelstaatlichen Entsenderegelungen nahmen die zentralen Bestandteile einer gemeinschaftsweiten Re-Regulierung vorweg. Sie sorgten für eine Festschreibung des Arbeitsortsprinzips, d.h. für eine Anwendung der zwingenden Bestandteile des am Ort der Dienstleistungserbringung geltenden Arbeitsrechts. Dies war in der ursprünglichen Situation nicht eindeutig gewährleistet gewesen. Zugleich aber entsprach die Ausgestaltung der nationalen Entsenderegelungen den jeweiligen einzelstaatlichen institutionellen und akteursbezogenen, politischen Konstellationen. Daher unterschieden sich die nationalen, auf entsandte Arbeitnehmer erstreckten Rechtsbestände voneinander.
2. Die Entsenderichtlinie, welche nach der Schaffung nationaler marktbeschränkender Regulierungen als Kompromiß auf Gemeinschaftsebene verabschiedet werden konnte, läßt sich als „Regenschirm“ charakterisieren, der die rechtlich prekären nationalen Entsenderegelungen gegenüber einer eventuellen Infragestellung durch den EuGH oder die Kommission abschirmt. Die Richtlinie sorgt für die Legitimation und Festschreibung des in den Mitgliedstaaten jeweils auf entsandte Arbeitnehmer erstreckten Rechts. Damit stabilisiert sie die nationale marktbeschränkende Regulierung. Sie zwingt die Mitgliedstaaten nicht zu bedeutenden Änderungen an ihren Rechtsbeständen, weder hinsichtlich der institutionellen Gestalt noch im Hinblick auf die Niveaus des sozialen Schutzes. Die Richtlinie verlangt jedoch von den Mitgliedstaaten, zwingend geltendes Recht auch auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden, sofern solche Rechtsbestände vorhanden sind. Dies war früher in das Belieben der nationalen Gerichte bzw. politischen Akteure gestellt gewesen. Gibt es solche Vorschriften nicht, läuft die Richtlinie ins Leere. Die Richtlinie sorgt aber über die Veränderung des Gerichtsstandes und die Verbesserung der grenz-

überschreitenden Zusammenarbeit der Behörden für eine effektivere Durchsetzung des nationalen Rechts.

3. Nationale Vorstöße zwecks Marktbeschränkung können eine wichtige Rolle im Binnenmarkt spielen und zentrale Bestandteile des in den Mitgliedstaaten geltenden Sozialrechts festschreiben. Zugleich aber wirken nationale Alleingänge in doppelter Art und Weise auf die Entscheidungsprozesse auf europäischer Ebene ein: Zum einen erleichtern sie im Wege vorweggenommener Veränderungen des geltenden Rechts die Verständigung auf eine europäische Kompromißlösung, weil der substantielle Effekt einer EU-Rechtssetzung minimiert wird. Zum anderen muß aber die gemeinschaftliche Regulierung auf die bereits vorhandenen einzelstaatlichen Regelungen vermehrt Rücksicht nehmen und die divergenten nationalen Vorschriften durch flexible, offene Formulierungen widerspiegeln.
4. Das Regulierungsmuster einer divergierenden nationalen, marktbeschränkenden Rechtsetzung unter dem „Dach“ einer die nationale Autonomie schonenden gemeinschaftlichen Regelung könnte einen Regulierungstypus verkörpern, der den Handlungsmöglichkeiten der einzelstaatlichen und der europäischen Ebene angemessen ist und überdies das Spannungsverhältnis zwischen Marktliberalisierung und Marktbeschränkung in eine Balance bringt. Es stellt einen doppelten pragmatischen Kompromiß dar: zwischen gemeinschaftsweiter Harmonisierung und einzelstaatlicher Autonomie einerseits und zwischen der Durchsetzung der Marktfreiheiten und dem Prinzip des sozialen Schutzes andererseits. Dieses „autonomieschonende“ Regulierungsmuster könnte immer dann entstehen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen für eine „positive Integration“ wie die Produktbezogenheit des Regulierungsproblems oder die stark ausgeprägte Handlungsfähigkeit der supra- und transnationalen Akteure nicht gegeben sind (Scharpf 1997, 1998; Eichener 1996), wegen der ökonomischen und politischen Bedeutung der Streitfrage aber eine rein „negative Integration“ für zentrale Akteure nicht akzeptabel ist.

## Literatur

- Alter, K.J./Meunier-Aitsahalia, S. (1994): Judicial Politics in the European Community. European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision. In: Comparative Political Studies, 26: 535-561.
- Baumann, H./Laux, E.-L./Schnepf, M. (1997): Tarifverhandlungen im europäischen Baugewerbe – Entwicklung zu europäischen Tarifverhandlungen. In: WSI-Mitteilungen, 50: 134-145.
- Behrens, P. (1992): Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht. In: Europarecht, 27: 145-162.
- Biagi, M. (1996): Fortune smiles on the Italian EU Presidency: talking half-seriously about the posted workers and parental leave directives. In: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2: 97-109.
- Däubler, W. (1995): Ein Antidumping-Gesetz für die Bauwirtschaft. In: Der Betrieb, 48: 726-731.
- Däubler, W. (1997): Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht. In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 8: 613-618.
- Davies, P. (1997): Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems? In: Common Market Law Review, 34: 571-602.

- Desmazières de Séchelles, A. (1993): Free Movement of Workers and Freedom to Provide Services. In: Schermers, Henry G. et al. (eds.): Free Movement of Persons in Europe. Den Haag: 472-484.
- Druker, J./Dupré, I. (1998): The Posting of Workers Directive and Employment Regulation in the European Construction Industry. In: European Journal of Industrial Relations, 4: 309-330.
- Ebbinghaus, B. (1996): Spiegelwelten: Vergleich und Mehrebenenanalyse in der Europaforschung. In: König, T./Rieger, E./Schmitt, H. (Hg.): Das europäische Mehrebenensystem. Frankfurt am Main: 405-428.
- Eder, M. (1997): Posted Workers and Parental Leave: Two Cases of EC Social Policy Making in Austria: How Does the EU Affect National Power Relationships, HCM Network, The European Policy Process Occasional Paper No. 49.
- Eekhoff, J. (1996): Entsendegesetz – eine Aushöhlung der Wirtschaftsordnung. In: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 45: 17-29.
- Eichener, V. (1996): Die Rückwirkungen der europäischen Integration auf nationale Politikmuster. In: Jachtenfuchs, M./Kohler-Koch, B. (Hg.): Europäische Integration. Opladen: 249-280.
- Eichenhofer, E. (1996): Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern. In: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 10: 55-82.
- Eisbach, J./Goldberg, J. (1992): Die Europäische Bauwirtschaft – Nationale Besonderheiten oder Internationalisierung? Fallbeispiele Frankreich, Großbritannien und Spanien. Bremen.
- Franzen, M. (1996): „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort?“ In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 6: 89-101.
- Fuchs, R. (1995): Ausländerbeschäftigung. Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung ausländischer Subunternehmen in der Bauwirtschaft. Stuttgart.
- Gerken, L./Löwisch, M./Rieble, V (1996): Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht. In: Betriebs-Berater, 51: 2370-2375.
- Gross, E./Syben, G. (1992): Lohnvergleiche und Arbeitskräftewanderungen in der europäischen Bauwirtschaft. In: WSI-Mitteilungen, 45: 11-18.
- Hailbronner, K./Nachbaur, A. (1992): Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt 1992. In: Wirtschaft und Verwaltung, 17: 57-130.
- Hanau, P. (1993): Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates der europäischen Gemeinschaft über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen aus deutscher Sicht. In: Blanpain, R./Weiss, M. (eds.): The Changing Face of Labour Law and Industrial Relations. Baden-Baden: 194-215.
- Hanau, P. (1996): Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz. In: Neue Juristische Wochenschrift, 49: 1369-1373.
- Hanau, P./Heyer, J. (1993): Rechtliche Regelungen bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung in der EG. In: Die Mitbestimmung, 39: 16-20.
- Hellsten, J./Heumen, W. van (1995): Die Arbeitsbedingungen im europäischen Baugewerbe 1994/1995. Brüssel.
- Hold, D. (1996): Arbeitnehmer-Entsendegesetz gegen Lohndumping und illegale Beschäftigung im Baugewerbe. In: Arbeit und Arbeitsrecht, 51: 113-117.
- Junker, A./Wichmann, J. (1996): Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht? In: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 13: 505-512.
- Koberski, W./Sahl, K.-H./Hold, D. (1997): Arbeitnehmer-Entsendegesetz. München.
- Köbele, B./Cremers, J. (Hg.) (1994): Europäische Union: Arbeitnehmerentsendung im Baugewerbe. Witterschlick und Bonn.
- Köbele, B./Leuschner, G. (Hg.) (1995): Dokumentation der Konferenz „Europäischer Arbeitsmarkt – Grenzenlos mobil?“ 6. bis 8. März 1995 in Bonn. Baden-Baden.

- Koenigs, F. (1997): Rechtsfragen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und der EG-Entsenderichtlinie. In: *Der Betrieb*, 50: 225-231.
- Leibfried, S./Pierson, P. (1995): Semisovereign Welfare States: Social-Policy in a Multitiered Europe. In: Leibfried, S./Pierson, P. (eds.): *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*. Washington D.C.: 43-77.
- Lorenz, F. (1996, Verf. des Einführungstextes): Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) – Gesetzestext und Materialien. Baden-Baden.
- Marks, G./Hooghe, L./Blank, K. (1996): European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance. In: *Journal of Common Market Studies*, 34: 341-378.
- Pahl, H.-D./Stroink, K./Syben, G. (1995): Betriebliche Arbeitskraftkonzepte und Produktionskonzepte in der Bauwirtschaft. Bremen.
- Pellegrini, C. (1990): Collective Bargaining in the Construction Industry: Wages, Hours and Vocational Training in Belgium, the Federal Republic of Germany, France, Italy, Spain and the United Kingdom. Luxemburg.
- Pierson, P./Leibfried, S. (1995): Multitiered Institutions and the Making of Social Policy. In: Leibfried, S./Pierson, P. (eds.): *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*. Washington D.C.: 1-40.
- Rainbird, H./Syben, G. (Hg.) (1991): Restructuring a Traditional Industry. Construction Employment and Skills in Europe. New York.
- Reim, U./Sandbrink, S. (1996): Die Werkvertragsabkommen als Entsenderegelung für Arbeitnehmer aus den Staaten Mittel- und Osteuropas. Universität Bremen Zentrum für Sozialpolitik Arbeitspapier 12/96.
- Rhodes, M. (1991): The social dimension of the Single European Market: National versus transnational regulation. In: *European Journal of Political Research*, 19: 245-280.
- Rhodes, M. (1995): A Regulatory Conundrum: Industrial Relations and the Social Dimension. In: Leibfried, S./Pierson, P. (eds.): *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*. Washington D.C.: 78-122.
- Robin, S. (1994): L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger. In: *Droit Social*, 57: 127-135.
- Rußig, V./Deutsch, S./Spillner, A. (1996): Branchenbild Bauwirtschaft. Entwicklung und Lage des Baugewerbes sowie Einflußgrößen und Perspektiven der Bautätigkeit in Deutschland. Berlin und München.
- Sahl, K.-H./Stang, B. (1996): Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und die Europäische Entsenderichtlinie. In: *Arbeitsrecht im Betrieb*, 17: 652-661.
- Scharpf, F. W. (1993): Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich: Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 93/9. Köln.
- Scharpf, F. W. (1996): Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt. In: Jachtenfuchs, M./Kohler-Koch, B. (Hg.): *Europäische Integration*. Opladen: 109-140.
- Scharpf, F. W. (1997): Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper 97/8. Köln.
- Scharpf, F. W. (1998): Die Problemlösungsfähigkeit der Mehrebenenpolitik in Europa. In: Kohler-Koch, B. (Hg.): *Regieren in entgrenzten Räumen*. Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 29: 121-144.
- Sörries, B. (1997): Die Entsenderichtlinie: Entscheidungsprozeß und Rückkopplungen im Mehrebenensystem. In: *Industrielle Beziehungen*, 4: 125-149.
- Steck, Brigitte (1994): Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage? In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 5: 140-142.

- Streeck, Wolfgang (1995a): From Market Making to State Building? Reflexions on the Political Economy of European Social Policy. In: Leibfried, S./Pierson, P. (eds.): *European Social Policy: Between Fragmentation and Integration*. Washington D.C.: 389-431.
- Streeck, W. (1995b): Neo-Voluntarism: A New European Social Policy Regime? In: *European Law Journal*, 1: 31-59.
- Streeck, W. (1998): *The Internationalization of Industrial Relations in Europe: Prospects and Problems*. Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 98/2. Köln.
- Syben, Gerd (1997): Arbeitskräftepolitik im Strukturwandel der Bauwirtschaft. In: *WSI-Mitteilungen*, 50: 493-500.
- Unger, B./Waarden, F. van (1993): *A Comparison of the Construction Industry in Europe*. Wirtschaftsuniversität Wien Working Paper 18.
- Werner, H. (1996): Befristete Zuwanderung von ausländischen Arbeitnehmern. In: *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung*, 29: 36-53.